

N° 212
Volumen I
Año LXX
Julio-Diciembre 2002
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION^{MR}

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS REFORMAS PROPUESTAS AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EDUARDO ALDUNATE LIZANA
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

El tema de las presentes jornadas es el de las reformas constitucionales y, por lo tanto, pertenece al ámbito que usualmente denominamos de *lege ferenda*. Parece curioso que unas jornadas dedicadas al cultivo científico de nuestra disciplina versen sobre un tema que escapa al tratamiento científico; en especial cuando el vicio usual de nuestra doctrina, en materia constitucional, es tratar la mayor parte de los temas con este enfoque, evitando las complicaciones y exigencias de un tratamiento de *lege lata*. Sin embargo, en este caso, en particular, puede justificarse esta elección ante el procedimiento que, pendiente ante el Congreso, persigue reformar nuestra Carta. Estimo que, ante esta realidad, la respuesta al llamado de estas jornadas no puede consistir en un mero intercambio de opiniones políticas sobre lo que estimamos conveniente, o nos gustaría ver reformado en la Carta, sino que justifica un estudio, desde nuestra disciplina, del estado de la cuestión ante el Senado y de las observaciones técnicas que amerita el proyecto.

Dentro de los múltiples puntos sobre los cuales se discute una reforma, quizás sea el referido a la justicia constitucional el que mayor atención ha concentrado de parte de la cátedra. Tomando como base el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado, de noviembre de 2001, el presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis crítico, tanto del procedimiento adoptado por la Comisión, como de los acuerdos finales de la misma.

En cuanto al informe, en esta parte, y como sucede por lo demás en el resto de los casos, llama la atención que la Comisión no comience por un estudio acabado del estado de la cuestión sobre la que recae la proposición de reforma, y se limite, por una parte, a una exposición parcial y selectiva en razón de criterios

no expresados, del derecho comparado, sobre integración y atribuciones de distintos órganos de jurisdicción constitucional¹ y, por otra, a una breve reseña histórica sobre el origen de las disposiciones sobre el Tribunal Constitucional (págs. 366 a 370). Un tratamiento profundo del tema, como el que requiere una reforma constitucional, hubiese debido partir por un prolijo análisis de la situación actual de la justicia constitucional, tanto en lo relativo a la Corte Suprema como al Tribunal Constitucional, considerando aspectos empíricos, como por ejemplo, la carga de trabajo y la estadística de rezago, así como los elementos que durante más de 20 años ha desarrollado la doctrina, en relación a los aspectos de este esquema que suscitan fundadas críticas.

En relación a lo primero, la omisión es especialmente relevante tomando en cuenta que, durante las intervenciones producidas al interior de la Comisión, la cuestión de la eventual o posible carga de trabajo del Tribunal Constitucional es recurrente (ministro del TC E. Valenzuela S., como única justificación del aumento del número de ministros de 7 a 9, pág. 370, y como argumento para rebajar la edad en que deben cesar en sus funciones los integrantes del TC, atendidas las grandes exigencias para sus integrantes, pág. 372; ministro J. Colombo C., para excluir del conocimiento del TC el ámbito del amparo o la protección de derechos constitucionales que colapsan, por exceso de carga de trabajo, otros tribunales constitucionales, pág. 380).

En lo que respecta a la ausencia de consideraciones doctrinarias, ellas se ven salvadas, en parte, por las intervenciones recibidas por la Comisión, destacándose las del ministro Colombo (págs. 373, 378, 379). Sin embargo, resulta particularmente curioso que, justamente sobre esta materia, el informe no recoja la opinión de los constitucionalistas de prestigio, a diferencia de lo que ocurre en otros puntos de la reforma con las intervenciones de los profesores Raúl Bertelsen Repetto, José Luis Cea Egaña, Francisco Cumplido Cereceda, Humberto Nogueira Alcalá, Lautaro Ríos Álvarez y Alejandro Silva Bascuñán, entre otros.

La inclusión de elementos de derecho comparado se realiza, en el informe de la Comisión, sin los mínimos requisitos necesarios para hacer de este elemento un aporte a la discusión de la reforma. La mirada a otros sistemas carece de utilidad si no va acompañada de una explicación sobre los principios que justifican las opciones normativas de los ordenamientos jurídicos observados. Así, por ejemplo, examinando superficialmente el caso alemán, podría llegar a extraerse

¹ A saber, de Alemania, Colombia, Costa Rica, España, Francia e Italia.

de la modalidad de nombramiento de los integrantes del Tribunal Constitucional Federal un principio según el cual las dos cámaras del parlamento deben intervenir en dicho nombramiento. Esta conclusión pasaría por alto que, en el sistema alemán, la intervención de la cámara alta se explica porque ella, en cuanto representante de los gobiernos estatales, incorpora a los estados federados en la generación de un órgano cuya función, entre otras, es delimitar las competencias constitucionales entre federación y estados federados.

En síntesis, el análisis de la Comisión es superficial y, por momentos, trivial. En primer lugar, no enuncia cuáles son los principios que deben informar la composición ni el nombramiento de los integrantes del Tribunal Constitucional. Por regla general, en esta materia se acepta que, siendo este Tribunal un órgano que ejerce un gran poder político en cumplimiento de su función, no puede perseguirse una pretendida idoneidad de sus integrantes basada en su carácter apolítico. Todo integrante de un órgano judicial tiene una faz política, que se manifestará en sus personales preferencias interpretativas, dentro de los marcos del derecho. Precisamente en esta dimensión, y por la propia naturaleza de la interpretación constitucional², resulta sumamente relevante la orientación política de cada uno de sus integrantes para la configuración del Tribunal Constitucional. Siendo así, el objetivo de la composición de una corte constitucional no puede ser la apoliticidad de sus miembros, sino la pluralidad de opiniones presentes en su seno para evitar que, vía integración, el Tribunal venga a reflejar o fortalecer sólo a un sector político dentro de la sociedad, a través de sus opciones de interpretación de la Constitución. Aceptado que la finalidad perseguida con la integración del Tribunal debe ser la pluralidad de las opciones políticas de sus miembros, la segunda cuestión relevante es cómo vincular esta pluralidad con la competencia técnica de sus integrantes. Si bien cada uno de ellos será portador de una determinada posición política, también es cierto que la solvencia, en términos de méritos profesionales, de un juzgador constitucional, constituye un elemento a ser considerado para reforzar el carácter jurisdiccional de este órgano. Esta calificación como juzgador constitucional –y en esto sí resulta acertado el informe, en especial en las opiniones del profesor Colombo, págs. 373, 380, y del senador Diez, pág. 374– difiere de la que debe tener un juez del orden civil o penal. Esto se debe a que la lógica de la jurisdicción constitucional escapa totalmente a la de la resolución de un caso concreto a la luz del derecho vigente,

² Cfr. Aldunate Lizana, Eduardo: La doctrina nacional sobre interpretación constitucional: estado y crítica, en Anuario de la Facultad de Cs. Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, año 2001, págs. 59 a 80.

esencialmente por dos razones: las especiales características del texto constitucional como fuente del derecho, y la trascendencia de las decisiones de la judicatura constitucional que, por definición, implican pronunciamientos sobre el sentido de la Constitución que trascienden la solución de la controversia específica sometida a su conocimiento. En este sentido, la mejor calificación técnica en el ámbito del derecho privado, por ejemplo, significa una calidad que más bien debería ser considerada en términos negativos para la integración de un tribunal constitucional, por la tendencia a un pensamiento jurídico enmarcado en categorías propias del derecho privado. Sólo por vía de ejemplo baste destacar que el Tribunal Constitucional demoró más de trescientos fallos en abandonar expresamente el principio de no distinción interpretativa, que campea sin desafío en el ámbito del derecho privado³. Sin perjuicio de lo anterior, y más allá de la sana práctica de los órganos encargados de elegir o designar integrantes de una corte constitucional de nombrar usualmente a personas calificadas, el criterio de competencia técnica es uno que difícilmente puede hacerse operativo o justiciable, como requisito para el nombramiento de un integrante a dicha corte.

Supuesto estos dos elementos, que la integración del Tribunal Constitucional debe perseguir un carácter plural y de competencia técnica en materia, al menos, del derecho público, viene la cuestión de a quiénes se reconocerá la facultad de hacer presente una postura, en materia de interpretación constitucional, al interior del Tribunal, por la vía del nombramiento de uno o más de sus integrantes. Este tema deja de ser entonces una cuestión aleatoria y estimativa de cuántos integrantes nombra uno y cuántos otro, y pasa a convertirse en una discusión de cuales serán los elementos que se estima necesario armonizar, dentro de las posibles posiciones políticas en el tribunal, donde son relevantes no sólo el origen del nombramiento, sino también la periodicidad del mismo. Debe retenerse aquí, entonces, una idea fundamental: la composición del Tribunal Constitucional no debe responder sino a las decisiones constitucionales tomadas respecto de quién y en qué momento, se estima, debe encontrarse en condiciones de sostener o

³ Recién en el rol N° 325, de 26.06.2001, encontramos el siguiente considerando: "13°. Que, una interpretación literal o basada en el principio de la especialidad o en el aforismo jurídico de que donde la ley no distingue no es lícito al intérprete hacerlo, establecidas o reconocidas por el Código Civil para la interpretación de las leyes no reciben aplicación en el presente caso, atendida la naturaleza especial del problema que se analiza y del texto que se interpreta, "pues a diferencia de las leyes ordinarias la Constitución es una superley, es una ley fundamental; de aquí la necesidad de establecer, con exquisito rigor, su preciso sentido, ya que las exigencias de certeza y seguridad jurídicas son mucho más exigibles en la interpretación del estatuto jurídico de la convivencia política, que establece no sólo quiénes son los órganos legisladores y los procedimientos seguidos para producir las leyes, sino el conjunto de afirmaciones sociales que hacen posible la inserción del individuo en el Estado. En este sentido, la Constitución es la

influir en una determinada posición respecto de la interpretación constitucional a través de la opción por uno o más integrantes del órgano de jurisdicción constitucional.

En este punto cabe hacer una acotación importante, en relación a la afirmación (pág. 373, opinión del profesor y ministro del TC J. Colombo), de que el integrante del TC debe desvincularse completamente del órgano del cual recibe su nombramiento. Este principio no se cumple en la proposición de la comisión relativa a los miembros del Tribunal Constitucional que son nombrados por la Corte Suprema, en cuanto se permite la reelección de éstos por una vez. El nombramiento con posibilidad de reelección por una vez es, en el fondo, por un período total, sometido a la posibilidad de revocación en la mitad del período, lo que vincula fuertemente a quien lo desempeña a los posibles votos necesarios para su permanencia en el cargo.

Volviendo al punto principal, la integración propuesta para el Tribunal Constitucional resulta particularmente curiosa. Si bien no es objetable que parte de sus integrantes sean miembros de la Corte Suprema e, incluso, puede considerarse en abstracto como un elemento positivamente apreciable, hay que recordar que, tras la reforma, y supuesta ésta tal como se encuentra planteada, los ministros de la CS se encontrarán bastante lejanos de experiencia en materias constitucionales, como no sea, quizás, la que provenga del conocimiento de las apelaciones en materia de protección y amparo (los que, en todo caso, y tal como se propone, no quedan relacionados con las competencias del Tribunal Constitucional). En este sentido, no existiría una razón de fondo para no extender el universo de elegibilidad, dentro de la categoría de integrantes provenientes del Poder Judicial, a los ministros de cortes de apelaciones; la diferencia específica que podría haber sido dada por la exclusividad de la Corte Suprema en el conocimiento de los recursos de inaplicabilidad, ya no existirá, si se aprueba la reforma. Por otro lado, lo que sí resulta desmesurado es que se otorgue a la misma Corte, y más específicamente, a la mayoría dentro de ella, la facultad de asumir

expresión jurídica fundamental del Estado de derecho" (Lucas Verdú, Pablo, La interpretación constitucional, Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca, pág. 143). No debe olvidarse, por último, aunque resulte obvio decirlo, que la Carta Fundamental en virtud del principio de jerarquía normativa está por sobre las disposiciones de interpretación de las leyes establecidas en el Código Civil. Es interesante observar, en cambio, que la Corte Suprema, al interpretar las disposiciones sobre el amparo económico, se aferra persistentemente al aforismo de no distinción para interpretar la extensión de la acción de amparo económico que, aunque de fuente legal, recae sobre un derecho constitucional, siendo consistentes todos los demás argumentos que restringen el alcance de esta acción al inciso segundo del artículo 19 N° 21 de la Constitución.

una postura sobre interpretación constitucional, por mayoría, respecto de un tercio de los integrantes del Tribunal Constitucional. Más aún tomando en cuenta que, respecto del Senado, no se consagra el mismo principio ya que en esta corporación será la minoría de un tercio más uno la que siempre podrá condicionar, en definitiva, el nombramiento de todos los integrantes del TC de designación senatorial. Dicho de otro modo, la posibilidad de que la mayoría de la representación senatorial designe a un miembro del TC queda condicionada al acuerdo que otorgue la minoría, pero sin una nominación conjunta que permitiese, al menos, llegar a un consenso sobre una integración plural, al momento de realizar ésta (por ejemplo, nombramiento conjunto de 3 ministros por acuerdo de 2/3, lo que permite conservar la ratio 2:1 en un solo acuerdo político de nombramiento). De este modo, la pluralidad perseguida se desplaza al ámbito extra-constitucional, esto es, a los posibles compromisos políticos, no justiciables, que se alcancen sobre los sucesivos nombramientos en materia de integrantes del TC (alternancia pactada). Un mecanismo poco recomendable para la generación de un órgano de tanta importancia como el TC. En definitiva, la composición propuesta para el TC, en la reforma, hace que quienes se encuentran habilitados para sustentar una postura de interpretación constitucional vía designación de sus integrantes sean: a) la mayoría de la CS (en un tercio del TC); b) la minoría de un tercio más uno de los senadores en ejercicio, que puede condicionar todo acuerdo necesario para el nombramiento de un miembro del TC, también respecto de la tercera parte de este tribunal, y c) el Presidente de la República, por sí solo, el tercio restante, con la sola moderación temporal de este principio por cuanto, en la modalidad propuesta (renovación cada tres años), nunca llegan a producirse más de dos nombramientos en el mismo período presidencial.

Volviendo a la designación por parte de la CS, hay dos cuestiones que quedan, en principio, poco claras en la integración diseñada. Por una parte, no se ve el motivo que pueda justificar un nombramiento por parte de la propia Corte. En contra de la afirmación usual en la cátedra y el discurso político, la CS no es el representante del Poder Judicial, cuya característica esencial debería ser su carácter difuso y no jerárquico. La específica posición que ocupa la CS en nuestro sistema constitucional y nuestra cultura jurídica es un relicto no corregido de la monarquía española⁶, carácter que no basta para justificar el otorgarle la facultad de determinar un tercio de la política de interpretación constitucional del TC. Por otro lado, y

⁶ Al respecto, y aunque poco elegante la reiterada referencia al propio trabajo, cfr. Aldunate Lizana, Eduardo, "La constitución monárquica del Poder Judicial", en XXXII Jornadas de Derecho Público, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso Nº XXII, año 2001, págs. 193 y ss.

puesto que se trata de un nombramiento de un órgano altamente político, en el sentido de poder de decisión pública final, el que se otorgue a la CS esta facultad no hace otra cosa sino transformar la decisión, al interior de esta Corte, en una cuestión política, si no abierta al menos encubierta, lo que hace aún más deplorable esta alternativa. La posibilidad del nombramiento de ministros de la CS (o de cortes de apelaciones, como se ha sugerido arriba) por parte de un órgano distinto de ella misma era, desde esta perspectiva, más recomendable.

Otro de los puntos altamente criticables es la posibilidad del nombramiento de abogados integrantes por parte del mismo TC. Todo el cuidado puesto en el diseño de los nombramientos de los ministros queda desarticulado por la posibilidad de este tipo de integración extraordinaria que, llegado el caso, puede llegar a ser el voto decisivo en la mayoría del Tribunal, rompiendo con esto todas las consideraciones precedentes sobre los principios que deben informar la composición de este tribunal. Adicionalmente, y tomando en cuenta el enorme poder político que ejerce, constituye también una renuncia a los principios más básicos de control al permitir la autogeneración de este órgano.

En cuanto a las atribuciones del Tribunal Constitucional, lo primero que salta a la vista es la falta de una discusión sobre la posibilidad de haber incorporado al TC el conocimiento del recurso de protección, conservando, si se quiere, la primera instancia ante las cortes de apelaciones. Si el único argumento en contra de esta reforma era que el TC podría verse sobrepasado con una enorme carga de trabajo, la verdad es que no era éste un motivo para rechazar la reforma. Por una parte, no se divisa cómo un Tribunal, dividido eventualmente en dos salas, no pudiese absorber la carga de trabajo que actualmente se le encomienda a la Corte Suprema. Podrá decirse que este último tribunal funciona hoy con cuatro o cinco salas; pero la verdad es que conoce de muchas otras materias y para quien haya tenido causas ante la Corte Suprema sabrá que un porcentaje no menor del tiempo de trabajo de la Corte se dedica a materias administrativas. Por otro lado, aun aceptado que fuese este argumento, existen arreglos técnicos que permiten disminuir notablemente esta carga. Por ejemplo, mantenido que sea el examen previo de admisibilidad del recurso, podría reservarse al Tribunal Constitucional sólo el conocimiento de las apelaciones de las sentencias sobre recursos declarados admisibles y, a certiorari, sobre las resoluciones que declaran la inadmisibilidad de una protección. O bien, en una posición más extrema, otorgar la apelación sólo a certiorari, por lo menos respecto de determinados derechos.

Las razones para radicar la segunda instancia del recurso de protección ante el Tribunal Constitucional son poderosas. Por una parte, el pronunciamiento

sobre el recurso de protección siempre lleva, a lo menos implícitamente, un pronunciamiento sobre la extensión del derecho fundamental invocado. En esta medida, resulta necesaria la unidad del órgano jurisdiccional destinado a pronunciarse en general sobre el sentido de la Constitución, al examinar la constitucionalidad de una ley de forma preventiva o represiva, y sobre el alcance de los derechos fundamentales. De lo contrario, se llega al sinsentido de querer unificar el control y evitar decisiones contrarias a nivel de control de constitucionalidad de la ley, admitir una pluralidad de interpretaciones a nivel de derechos constitucionales. Y si se llega a afirmar que corresponde a la CS servir de elemento integrador de la jurisprudencia de las cortes de apelaciones, no se entiende por qué no queda, en el ejercicio de esta atribución, sometida al mismo argumento que justifica traspasar el conocimiento del recurso de inaplicabilidad al Tribunal Constitucional.

La actual situación del recurso de protección produce, en sus resultados prácticos, que la Constitución no es una sola, sino muchas: los derechos fundamentales protegidos por el artículo 20 no son los mismos para todos los chilenos, sino que aquellos que, para cada caso, fije la Corte de Apelaciones y la correspondiente sala de la Corte Suprema.

Por otro lado, las posibilidades de colisión no son menores. Conocidos son los problemas del alegato de inaplicabilidad dentro de un recurso de protección. Es también posible la concurrencia de recursos de protección contra decretos supremos en el plazo del control represivo de los mismos, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto del art. 82 i. I N° 5. Lo más importante, sin embargo, es la pregunta, ¿no se resiente el valor normativo de la Constitución cuando su estructura organizativa permite pronunciamientos jurisdiccionales diferentes, y eventualmente divergentes, sobre el sentido y alcance de los derechos fundamentales? Y aunque quisiera sostenerse que este efecto puede todavía atacarse a nivel de Corte Suprema, no resiste el menor análisis cuando se constata que, de subsistir en esa sede, dos serán los intérpretes últimos de la Constitución en materia de derechos fundamentales: la CS como tribunal de alzada de los recursos de protección, y el TC en cuanto intérprete de las respectivas disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales⁵.

⁵ En la doctrina comparada ya es un tópico asentado el de la doble naturaleza de los derechos fundamentales, tanto como derechos subjetivos cuanto como principios o normas objetivas. Precisamente, el gran desafío de un sistema de garantía a los primeros (amparo, protección) es articular su sentido con la función de los segundos, la que adquiere especial relevancia a nivel de control de constitucionalidad de las leyes. Este es un aspecto que sólo se consigue uniéndolo en un mismo tribunal el conocimiento de las acciones que implican el examen de los derechos en esta doble naturaleza.

Volviendo nuevamente sobre la carga de trabajo, se relaciona esto con una cuestión no discutida hasta hoy, pero que aparece como de primera prioridad para su reforma (aun cuando no necesariamente a nivel constitucional), a saber, la regulación del quehacer de los miembros del Tribunal Constitucional como una acción excluyente del ejercicio de toda otra actividad profesional distinta a la docencia. Atenta contra la legitimidad del órgano la posibilidad de que sus integrantes se involucren en controversias jurisdiccionales del territorio común, o asesorías privadas.

En relación a las atribuciones que sí son conferidas, llama la atención la de la regulación del recurso de inaplicabilidad, en su nueva ubicación en el Tribunal Constitucional. En la lógica del control judicial actualmente vigente, tiene sentido que la CS sólo se pronuncie para el caso concreto, ya que lo que conoce, como tribunal, no es de la validez de la ley en cuanto acto del Legislativo, sino de su compatibilidad con la Constitución para efectos procesales. El traspaso de esta atribución a un tribunal cuya función es examinar el acto legislativo a la luz de la Constitución, ya sea de manera preventiva, ya sea represiva, cambia su naturaleza. Nuestra Constitución ya contempla la posibilidad de que el TC declare un precepto legal inconstitucional y lo prive de efectos⁶, si bien existe un vacío sobre este efecto, que se suple inconstitucionalmente en la LOCTC (art. 46 i. final), y que en la reforma se corrige regulando expresamente los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de un DFL del cual ya se hubiese tomado razón por la CGR (art. 83 i final del texto propuesto en el informe). Siendo así, no se entiende el diferimiento de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad respecto de un texto legal, el que sólo después de tres fallos uniformes y unánimes será declarado inconstitucional. No se entiende cuál es la razón de fondo de esta idea. ¿En qué situación queda entonces un precepto legal que ya ha sido objeto de una, o dos declaraciones de inconstitucionalidad en fallos unánimes y uniformes? Actualmente, se asume que el precepto declarado inaplicable sigue vigente, y seguirá vigente aun cuando sean muchas las sentencias que declaren su inaplicabilidad, ya que sólo corresponde al legislador privar de efectos, con carácter general, a la ley. Con la proposición de reforma, en cambio, se genera un estatus intermedio aún más nocivo: existirán leyes respecto de las cuales nada se ha dicho, otras leyes respecto de las cuales ya se ha declarado una vez la inconstitucionalidad, leyes respecto de las cuales ya hay dos fallos uniformes... Claramente, en este último caso, la ley es sospechosa y la inseguridad jurídica introducida es mucho

⁶ El caso de los DFL cuando la CGR ha tomado razón de ellos y han sido publicados en el DO: art. 82 i. I N° 3 en concordancia con su inciso VII.

mayor que el efecto de desigualdad que puede producirse en la actualidad, con leyes declaradas inaplicables en casos concretos, pero vigentes en general. En la actualidad, se saben dos cosas: que la ley rige y seguirá rigiendo mientras el legislativo no la modifique, y que cada individuo podrá alegar su inconstitucionalidad por vía de inaplicabilidad. En el esquema propuesto por la reforma, en cambio, existirán leyes que rigen, respecto de las cuales puedo solicitar la inaplicabilidad, pero, además, respecto de las cuales sé que podrán perder su vigencia aun sin un acto legislativo, dependiendo de una futura sentencia que bien puede llegar como no llegar.

Este concepto no se entiende. O bien se le entrega la facultad al TC para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal y privarlo de efectos, y en este caso basta que constate la inconstitucionalidad, o bien no se le reconoce esta facultad. Pero si se le otorga esta atribución, la exigencia de tres fallos uniformes y unánimes manifiesta una especie de desconfianza, la típica mentalidad nacional de inseguridad, como que el Tribunal tuviese que convencerse a sí mismo de que la ley es inconstitucional. La verdad es que, en términos prácticos, esto es un absurdo ya que siempre es en definitiva una sola la sentencia que privará de efectos a la ley: la tercera⁷. Más grave aún es la situación en el caso de que hayan sido tres fallos no unánimes los que hayan declarado la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En este caso queda entregado, a manos del Tribunal, y eventualmente como una facultad de oficio, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad con efectos generales (derogatorios). Atribución política, a ser ejercida fuera de un contencioso, y a impulso del propio órgano. Nada más lejano del carácter estrictamente jurisdiccional que debe conservar un Tribunal Constitucional.

Lo que se desprende de esta atribución es un cierto recelo, al parecer producto de la ignorancia, sobre las atribuciones del Tribunal Constitucional. Si en la situación actual ya puede declarar, por simple mayoría la inconstitucionalidad, con carácter general, de un precepto legal vigente, no se entiende la razón de la compleja construcción de los tres fallos uniformes y unánimes, o de la declaración de oficio tras tres fallos no unánimes por 2/3 de sus miembros,

⁷ Si extraña es ya la exigencia de la unanimidad del Tribunal para producir el efecto de inconstitucionalidad de derecho después de tres sentencias uniformes, más extraña aún resulta la petición de declaración de inconstitucionalidad tras fallos que no hubiesen sido unánimes, tomando en cuenta que la puede declarar el propio TC de oficio. ¿Para qué se introduce este extraño quórum de 2/3 para un órgano jurisdiccional, si la declaración de pleno derecho exige unanimidad? ¿Y qué sucede si los fallos anteriores han alcanzado ya ese quórum?

quórum, por demás, un tanto ridículo, tomando en cuenta que en su integración regular la diferencia entre la mayoría de los miembros en ejercicio y los dos tercios será de sólo un ministro.

Se echa de menos, en cambio, en este punto, una atribución que permita al TC regular los efectos de su declaración de inconstitucionalidad con efectos generales. En particular, habría que revisar aquí el tema de la subsistencia de los derechos adquiridos al amparo de la ley declarada inconstitucional. Si bien la reforma señala que desde la publicación de la sentencia del TC la ley se entenderá derogada, lo cierto es que se trata de un verdadero acto de anulación por inconstitucionalidad, y cabría revisar si derechos nacidos al amparo de un acto inconstitucional tienen justificación para continuar su existencia una vez declarado inconstitucional su fuente de origen. Esto, particularmente, ya que significaría perpetuar, en sus efectos, la ley declarada inconstitucional y "derogada" por ese motivo; dicho de otra manera, implicaría mantener los motivos de la actual crítica al recurso de inaplicabilidad, en cuanto una ley rige para algunos y no para otros.

Pasando revista a otra de las modificaciones, la relativa a la extensión del control de constitucionalidad a los autos acordados, la proposición de la comisión reza como sigue: "Efectuar el control de constitucionalidad de los autoacordados dictados por la Corte Suprema, por las Cortes de Apelaciones y por el Tribunal Calificador de Elecciones, que versen sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica constitucional". Bien que quizás en esta parte el informe de la comisión se limite a dar cuenta del respectivo acuerdo político, bien que no se haya cuidado mucho la redacción de esta parte, la proposición de reforma contiene aquí elementos muy objetables, en cuanto extiende el control de constitucionalidad a actos derivados de una potestad que no se encuentra consagrada constitucionalmente y en absoluto respecto de las cortes de apelaciones, y apenas por vía indirecta, de consagración legislativa y desarrollo doctrinal, en el caso de la Corte Suprema, a partir de sus facultades de superintendencia económica. Resulta bastante curioso este control sobre potestades, cuya extensión no depende directamente de la Constitución, sino de la ley, siendo posible entonces que llegue a configurarse la misma dificultad que la producida en virtud del ejercicio de la competencia directa de control sobre el fondo de los decretos supremos que se atribuye el TC, casos en que se produzca el pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad de un autoacordado, dictado en virtud de una habilitación legal, sin un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la respectiva ley.

Sin embargo, esta objeción es secundaria en comparación con otra, que puede dividirse en dos aspectos. En primer lugar, no resulta comprensible por

qué el control que se prevé entregar al Tribunal se restringe a los autosacordados cuando ellos versen sobre materias constitucionales o propias de ley orgánica constitucional, de modo tal que quedaría excluida la facultad del TC de controlar la constitucionalidad de un autoacordado que invade las competencias legislativas que no sean orgánico-constitucionales.

En segundo lugar, la reforma propuesta contiene in nuce una modificación mucho más profunda y más grave al sistema de fuentes. En efecto, nuestro sistema constitucional, hasta ahora, sólo determina una distribución de competencias regulatorias subconstitucionales entre el Poder Legislativo y otras potestades reglamentarias. Hay materias de ley y otras entregadas a las corporaciones del Congreso, al CSN, etc. Sin embargo, ninguna de ellas se concibe, en estricto rigor, como una especie de potestad reglamentaria de la Constitución, sino como una específica potestad regulatoria con un margen de configuración propio, respetando la Constitución. La reforma propuesta, sin embargo, introduce la idea de que los autoacordados podrían entrar a versar sobre materias constitucionales, lo que abre una verdadera caja de Pandora en relación a la intelección de esta idea.

En materia de procedimiento, la reforma propuesta contiene la eliminación del requisito de haber votado en contra del proyecto, o haber hecho reserva del derecho a formular el requerimiento durante la tramitación. Con esta disposición, se modifica la regla originada en la correcta interpretación, por parte del Tribunal Constitucional a partir de sus fallos 207 (considerando 15º) y 215, en el sentido que constituye requisito para acceder al Tribunal Constitucional en virtud del art. 82 i. I, N° 2 CPR, el haberse planteado una cuestión de constitucionalidad, cuestión ligada indisolublemente a la actitud de los parlamentarios durante la tramitación de la ley, y que posteriormente el Tribunal especificará como requisito de la legitimación activa para interponer el requerimiento. El vínculo entre ambas ideas, la cuestión de constitucionalidad suscitada durante la tramitación legislativa y el voto en contra, o al menos la reserva del derecho, por parte del que posteriormente será el parlamentario requirente, es vital para mantener la unidad que debe existir entre proceso legislativo y jurisdicción constitucional. Por una parte, por una cuestión práctica, y es que si desaparece el requisito de haber votado en contra o haber hecho reserva del derecho se corre el riesgo de hacer admisibles requerimientos respecto de los cuales no se ha planteado cuestión de constitucionalidad alguna, impidiéndose de esta forma la corrección, dentro del iter legislativo, de las objeciones de constitucionalidad que pudiesen haberse levantado en contra de un proyecto. De esta forma, todo el procedimiento legislativo puede haberse desarrollado normalmente y con una apariencia pacífica para

posteriormente ser atacado en sede jurisdiccional. Por otro lado, se debilita con la reforma propuesta una cierta idea de lealtad con la Constitución y lo que podría denominarse buena fe en el proceso político, en el sentido de actuar, en defensa de la Constitución, en todas las instancias pertinentes, partiendo por la respectiva cámara en que se encuentra el proyecto y el parlamentario que cree ver en dicho proyecto una inconstitucionalidad, aun cuando no sea clara y votando a favor reserve su derecho con una suerte de non liquet. Pero, y más importante aún, la proposición de reforma modifica la naturaleza misma de la jurisdicción constitucional como mecanismo subsidiario de resolución de las cuestiones constitucionales. En efecto, y dejando de lado el control preventivo obligatorio de la ley (altamente criticable, por lo demás)⁸, la idea de un control facultativo a partir de las cuestiones surgidas durante la tramitación de la ley contiene implícita la idea de que, en la Constitución, el recurso al Tribunal Constitucional es una facultad abierta para los casos en que no ha sido el propio proceso legislativo el que ha permitido llegar a acuerdos y consensos sobre la adecuación de un proyecto de ley a la Constitución, lo que no sólo implica las potestades configuradoras de la ley, sino también el debate parlamentario sobre el sentido de la Constitución. Alcanzado el consenso sobre estos puntos, la Constitución no fuerza un paso por el control del TC, salvo, como se ha dicho, en el caso de las leyes orgánicas constitucionales. La eliminación del requisito de voto en contra, o de reserva del derecho, hace desaparecer la instancia de consenso previa, a ser debatida en el Parlamento, única etapa en que puede hacerse ante la opinión pública, como un debate constitucional abierto. El efecto de la propuesta resulta, por tanto, claramente opuesto a lo que se estima, hoy, debe ser un proceso abierto de debate constitucional que decante las controversias sobre la materia antes de llevarlas a la jurisdicción constitucional.

Concluyendo, cabe afirmar que la propuesta de reforma aprobada por la comisión es técnicamente deficiente en variados aspectos y que, de haberse concretado ya, a estas alturas, como reforma a nuestra Carta Fundamental, más que despejar de la mesa el tema de la composición y atribuciones del Tribunal Constitucional, sólo habrá vuelto a proponerlo. Esta vez, sí, con el peso de una oportunidad desperdiciada.

⁸ Ya que, en este tipo de control, el Tribunal debe ir a la búsqueda de la inconstitucionalidad y con ello se transforma, de alguna forma, en juez y parte: detectado que sea el vicio, ya se ha producido un pronunciamiento sobre él, siendo difícil pensar que una vez que el Tribunal identifica un vicio proceda luego a examinarlo desprejuiciadamente.